



# HERMENEUTIK UND RECHT<sup>1</sup>

---

José de Sousa e Brito

## I. SAVIGNYS AUSLEGUNGSLEHRE UND IHRE WIRKUNG

1. Die Rechtswissenschaft der neueren Zeit hat die massgebende Darstellung ihrer Methode in der Form einer Hermeneutik gefunden, in der Auslegungslehre Savignys, im ersten Band des *Systems des heutigen Römischen Rechts*<sup>2</sup>. Diese Lehre war so differenziert und lebensnahe-darin zeigt sich eben der angeborene juristische Sinn Savignys-, dass sie die Wandlungen der sozialen Struktur und der Ideologien im Grossen und Ganzen und in vielen einzelnen Thesen durchzustehen vermochte, und zwar bis heute. Diese Anpassungsfähigkeit wird aber von einem Zwiespalt getragen, dessen Thematisierung die spätere Entwicklung erst verständlich macht.

«Die Aufgabe dieses Kapitels —schreibt Savigny— hat zwei Teile: Zunächst die Auslegung der einzelnen Gesetze für sich betrachtet (§ § 33-41), dann die des Quellenkreises im Ganzen (§ § 42-46)» (S. 212). Das soll aber nicht heissen, dass Savigny sich der hermeneutischen Notwendigkeit einer Dialektik des Ganzen und der Teile nicht bewusst war. Im Gegenteil: «allein die Gesamtheit der ... Rechtsquellen —sagt er— bildet ein Ganzes, welches zur Lösung *jeder* vorkommenden Aufgabe im Gebiete des Rechts bestimmt ist» (S. 262). Also: auch die Aufgabe der Auslegung einzelner Gesetze ist ohne «Ans-

1. Teil I und II sind im Wintersemester 1967/68 in Gadammers hermeneutischen Seminar vorgetragen worden. Der Text wurde revidiert, mit einem dritten Teil ergänzt und nochmals im August 1985 dem 12. Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie in Athen vorgelegt.

2. 1840, Cap. IV.

chauung des historischdogmatischen Ganzen, woraus dieses Einzelne allein Licht erhalten kann» (S. 215) nicht möglich. Die Unterscheidung verweist uns eher auf den Ausgangspunkt jeder Auslegung: die Rechtsquellen. Dass die Rechtsquellen und die Auslegungstheorie sich gegenseitig bestimmen, mag heute halb oder ganz vergessen sein, es entspricht aber der Natur der Sache, und so verstand es auch Savigny. In der Theorie der Rechtsquellen wird die «Regel des Rechts» als «selbständig... mithin als ein Gegebenes, betrachtet. Soll diese Regel in das Leben übergehen, so ist es nötig, dass wir von unserer Seite etwas dazu tun, dass wir sie auf bestimmte Weise in uns aufnehmen». Dieses Tun, nämlich das Auslegen, «ist eine geistige Tätigkeit, also, wie einfach es auch aussehe, ein wissenschaftliches Geschäft, Anfang und Grundlage der Rechtswissenschaft». Von dieser ist in der Theorie der Rechtsquellen die Rede «als einem zur Rechtserzeugung mitwirkenden Prinzip; hier aber (in der Auslegungslehre) erscheint sie *auf umgekehrte Weise*, insofern sie das unabhängig von ihr entstandene Recht aufnimmt und zum bestimmten Bewusstsein bringt» (S. 206-207).

Wie tief und inspirierend diese Sätze klingen mögen und sollen, die genannte Entsprechung zwischen Rechtsquellen und Auslegung, bzw. Rechtswissenschaft, wurde von Savigny nicht als eine totale —wir würden sagen, nicht bis zum Ende— gedacht. Aber sie gibt uns den Schlüssel zum Verständnis der Zweiteilung in «Auslegung der einzelnen Gesetze» und «Auslegung der Rechtsquellen im Ganzen», und deren Ausweisung als Zwiespalt. Ausser dem «wissenschaftlichen Recht» gibt es nach Savigny noch zwei *andere* Rechtsquellen: Gewohnheitsrecht und Gesetze. Gewohnheitsrecht und wissenschaftliches Recht hängen aber für Savigny und die ganze historische Rechtsschule so eng zusammen, «dass eine scharfe Grenzbestimmung von selbst als unmöglich erscheint»<sup>3</sup>. Beide sind Ausdruck der im Volk lebenden Rechtsüberzeugung, der eigentliche Grund ihrer rechtlichen Autorität. Ausserdem geht das Gewohnheitsrecht geschichtlich in das wissenschaftliche Recht über, soweit es in

3. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) in: *Thibaut und Savigny*, herg. Stern, 1914 (Nachdruck 1959), S. 79; vgl. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, 1828, 1828, S. 161, 166 f.

dem natürlichen Entwicklungsgang der Völker liegt, «dass bei fortschreitender Bildung einzelne Tätigkeiten und Kenntnisse sich absondern, und so den eigentlichen Lebensberuf besonderer Stände bilden»; so wird «die genauere Ausbildung und Anwendung im Einzelnen» des Rechtes zum «besondere(n) Beruf des Juristenstandes», «indem sich die rechtserzeugende Tätigkeit des Volks in ihn zurückzieht, und von ihm, als dem Repräsentanten des Ganzen fortwährend geübt wird»<sup>4</sup>. Hieraus ist sowohl die besondere Würde der Rechtswissenschaft für die historische Rechtsschule, wie das Programm und Lebenswerk Savignys, zu verstehen. Wieacker beschreibt es treffend folgendermassen: «Wenn die Rechtswissenschaft eine zugleich logische und hermeneutische 'Gesetzgebungswissenschaft' ist, dann ist Voraussetzung ihrer logischen Struktur ein kontingentes System; Voraussetzung ihrer Hermeneutik die Durchdringung ihrer 'Wirkungsgeschichte', d. h. der gesamten antik-europäischen Tradition der römischen Quellen»<sup>5</sup>.

Solche «gesetzgeberische» Rechtswissenschaft war politisch für die in der Folge der französischen Revolution überall triumphierende Aufklärung ganz unannehmbar, ebenso für Thibaut und seine Verbündeten im Streit gegen die historische Rechtsschule<sup>6</sup>. Sie musste als ein Verstoss gegen den Grundsatz der Gewaltentrennung und die Idee des (formellen) Rechtsstaates empfunden werden. *So empfand es sogar Savigny selbst*. Anders als in seinem früheren Kolleg des Wintersemesters 1802/03<sup>7</sup> redet Savigny im ersten Band des *Systems* nicht mehr von einer universellen «Gesetzgebungswissenschaft», sondern stellt Gesetzgebung und Rechtswissenschaft nebeneinander als «Organe» der Rechtserzeugung (S. 18, 50). Das ist der ideologische Hintergrund der Unterscheidung zwischen «Auslegung einzelner Gesetze» und «Auslegung der Rechtsquellen im Ganzen», und die Ausweisung eines Zweispaltes, der sich durch die ganze Auslegungslehre Savignys hindurchzieht.

4. *System* I, S. 45 f.; so auch: *Vom Beruf*, S. 78; Puchta, *Gewohnheitsrecht*, II, 1837, S. 19 f.

5. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 397.

6. In Würdigung dieses Streites, s. J. Stone, *Social dimensions of law and justice*, 1966, S. 86-118.

7. In der Ausarbeitung seines Schülers Jacob Grimm, als *Juristische Methodenlehre*, hrg. von Wesenberg, 1951.



Savigny steht dem im Grunde unvorbereitet gegenüber. Seine reine Kulturgeschichte ohne sozio-politische Grundlage macht ihm die eigenen Vorurteile nicht einmal verdächtig. So sagt er, dass die Gesetze «das schon vorhandene Volksrecht» als Inhalt haben, und zwar so, «dass wir den Gesetzgeber als den wahren Vertreter des Volksgeists — d. h. nach Savigny: der Kulturtradition — anzusehen haben»<sup>8</sup>. Dabei verkennt er, dass der Gesetzgeber wohl auch, statt sich die *wahre* Überlieferung anzueignen, sich gerade gegen diese Überlieferung auflehnen kann; schon Puchta hatte die Annahme Savignys als eine Fiktion entlarvt<sup>9</sup>. Andererseits wird die Auslegungsglehre Savignys von dem polistischen Erbe der Aufklärung wesentlich mitbestimmt. In paradoxer Weise, ähnlich wie seine «Rechtswissenschaft» in der Ausarbeitung der Pandektistik als Gesetzgebung (!) im BGB überlebte, konnten auch die meisten Ergebnisse seiner Auslegungsglehre — gerade wegen jenes aufklärerischen Elementes — von einer positivistischen Rechtswissenschaft, die sich nicht mehr als Hermeneutik im Sinne der Romantik verstehen konnte, doch gebilligt werden. Wir müssen uns also dieser Auslegungsglehre in ihrer typisch positivistischen Ausbildung des Näheren zuwenden.

Vorher sollen wir uns aber einer hermeneutischen These Savignys vergewissern, die nicht mehr ernstlich in Zweifel gezogen werden sollte, nämlich dass jedes Gesetz der Auslegung bedarf; kein Verstehen ohne Auslegung. Das «ist bei jedem Gesetze, wenn es in das Leben eingreifen soll, notwendig, und in dieser allgemeinen Notwendigkeit liegt zugleich ihre Rechtfertigung»<sup>10</sup>. Sie ist also nicht auf dunkle Gesetze beschränkt, wie die «doctrine du sens claire» postulierte<sup>11</sup>. Damals wurde aber die letzte Auffassung, «der fast allgemein herrschende

8. *System I*, S. 39. Der Text setzt fort: «Auch ist es ganz unrichtig, diese Stellung des Gesetzgebers als abhängig zu denken von den verschiedenen Einrichtungen der gesetzgebenden Gewalt in dieser oder jener Staatsverfassung. Ob ein Fürst das Gesetz macht oder ein Senat, oder eine grössere, etwa (!) durch Wahlen gebildete Vollversammlung...»

9. a. a. O., I, S. 161.

10. *System I*, S. 207; auch *ibid.* S. 318 f.; *Methodenlehre*, S. 19 f.

11. Diese Lehre: «il n'est pas permis d'interpréter ce que n'a pas besoin d'interprétation», beruft sich ebenso auf eine Stelle über Testamentsauslegung: «cum in verbis nula ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio» (D. 32, 25, 1) und erfreute sich durch Vattel einer längeren Beliebtheit im Völkerrecht. Vgl. Esser, *Grundsatz und Norm*, 1956, S. 123 ff., 176 ff.



Begriff der Auslegung» (Zachariä, Vattel), dazu durch bekannte gesetzliche Auslegungs- und Kommentierungsverbote<sup>12</sup> bekräftigt. Wir wollen uns an Savigny erinnern, wenn wir heute diese Verbote als «Denkmäler gesetzgeberischer Naivität»<sup>13</sup> hochmütig betrachten.

2. Die Auslegungstheorie der Aufklärung fand ihren klassischen Ausdruck in dem berühmten Syllogismus der Rechtsanwendung. Beccaria beschreibt ihn so: «Bei jedem Delikt soll vom Richter ein vollkommener Syllogismus aufgestellt werden: der Obersatz soll das allgemeine Gesetz, der Untersatz die gesetzmässige oder gesetzwidrige Handlung, der Schluss die Freiheit oder die Strafe sein. Wenn der Richter *auch nur zwei Syllogismen* machen muss oder machen will, wird der Ungewissheit Tür und Tor geöffnet»<sup>14</sup>. Das Ende des Zitats ist wichtig, weil es zeigt, dass es sich hier um mehr als ein abstraktes Schema, nämlich ein politisches Postulat handelt. Das heisse: das Gesetz ist vom Gesetzgeber zu setzen, der Richter darf nur die Tatsachen feststellen. Seine Tätigkeit beschränkt sich also auf den im Prozess gewonnenen Untersatz: «seine einzige Aufgabe —sagt Beccaria— ist zu prüfen, ob die bestimmte Person eine gesetzwidrige Handlung tat oder nicht»<sup>15</sup>. Sonst ist er einer Maschine gleichzustellen: «les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi; *des êtres inanimés* qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» (Montesquieu)<sup>16</sup>. Der Richter darf nicht auslegen «aus dem gleichen Grunde», aus dem er kein Gesetzgeber ist<sup>17</sup>.

Savigny konnte diese Folgerung nicht annehmen, wie wir gesehen haben, hielt aber fest an der Unterscheidung von Aus-

12. z. B. die *Constitutio tanta*, § 1 des *Corpus juris*, und in neuerer Zeit im Falles des *Corpus juris Fridericiani* (1749/51) und von Feuerbachs *Bayrischem Strafgesetzbuch* (1813).

13. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 7. Aufl., 1964, S. 93.

14. *Dei delitti e delle pene*, 1764 (Nachdr. Torino, 1964, S. 10 f.)

15. a. a. O.

16. *De l'esprit des lois*, XI, 6 (ed. R. Derathé, Garnier, 1973, I, S. 176).

17. So Beccaria, a. a. O.; vgl. Montesquieu, a. a. O., VI, 3 (S. 85): «il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie».

legung und Tatsachenfeststellung als *zwei* verschiedene Tätigkeiten *des Richters*. Charakteristische dafür ist seine Behandlung der Gesetzmäßigkeit (*negotia in fraudem legis*). Savigny gibt das Beispiel eines Kaufvertrages oder einer Konventionalstrafe, die von den Partnern vereinbart werden, um das gleiche ökonomische Ziel eines verbotenen Zinsvertrags, Wucherzinsen, zu erreichen. «Man pflegt dieses so zu denken —sagt er— als müsse zu diesem Zweck das umgangene Gesetz durch Auslegung ausgedehnt werden... In der Tat aber steht die Sache *ganz anders*. Wir haben nicht das Gesetz zu interpretieren, welches ganz deutlich und zureichend ist, sondern die einzelne Handlung... So müssen wir den scheinbaren Kauf-oder Strafvertrag als einen wirklichen Zinsvertrag behandeln.»<sup>18</sup> Die spätere Lehre, und zwar bis heute, betonte fast immer noch schärfer den Unterschied zwischen Tatsachen— oder Sachverhaltsfeststellung, also Gewinnung des Untersatzes im Syllogismus einerseits, und Auslegung als Gewinnung des Obersatzes andererseits; oder, wie man auch formulierte, den Unterschied zwischen Subsumtion und Auslegung<sup>19</sup>.

Die ideologisch gebotene «wesentliche» Absonderung des Richters vom Gesetzgeber fand aber Ausdruck im methodologischen Trennen von Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung. Im ersten Falle und d. h.: wo immer nur möglich, leistet der Richter nicht mehr «blinden» (Beccaria), sondern «denkenden Gehorsam» (Heck); im zweiten wirkt er mit. Wo das Letzte politisch besonders bedenklich erschien —wo man auch ideologisch mehr empfindlich war— hat man nicht gezweifelt, die Fortbildung zu verbieten: so entsteht das sog. «Analogieverbot im Strafrecht». So sagte der RG: die Entziehung von Elektrizität ist kein Diebstahl, weil Elektrizität Keine «Sache» i. S. des § 242 StGB ist—dafür bedurfte man der Analogie (RG. 32, 165); die Öffnung oder Unterdrückung einer Postanweisung ist aber Verletzung des Postgeheimnisses, weil eine Postanweisung ein «Brief» i. S. des § 354 (alte Fassung) ist—dazu genügt Auslegung, man bedarf keiner rechtsfortbildenden Analogie (RG. 72, 193; 73, 236). Der Begriff eines Analogieverbotes setzt

18. *System I*, S. 324 f.

19. S. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzanwendung* (1943), 3. Aufl. 1963, S. 22 ff., *Einführung*, S. 63 f.

also voraus, dass die Analogie ein Verfahren der Rechtsfortbildung und nicht der Auslegung ist, ja dass sie das methodische Verfahren der Rechtsfortbildung schlechthin ist. So würde die Analogie von Savigny nun als ein Mittel der Lückenergänzung, d. h. der Rechtsfortbildung behandelt, und diese sollte man - im Gegensatz zu den Römern - von der Auslegung «scharf» unterscheiden: «in allen Fällen ... ist dieses Verfahren — nämlich der Analogie— wesentlich verschieden von der ... ausdehnenden Auslegung, womit es sehr häufig verwechselt wird. Denn diese soll nicht etwa eine Lücke des Rechts ausfüllen, sondern den unrichtig gewählten Ausdruck eines Gesetzes aus dessen wirklichen Gedanken berichtigen»<sup>20</sup>. Für Savigny hängt die Analogie mit der Natur oder dem «Wesen der Sache» eng zusammen: «jede Anwendung der Analogie beruht auf der vorausgesetzten inneren Konsequenz des Rechts ... die aus der Gesamtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer (geschichtlichen) Urbilder hervorgeht.»<sup>21</sup> Der juristische Positivismus hat die Rede von der Natur der Sache vermeiden wollen, weil er in ihr den alten verpönten Gedanken des Naturrechts —allerdings wohl richtig— vermutete. Die begriffliche Trennung von Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung wurde aber beibehalten, und ebenso die Begrenzung der Analogie auf die letztere. Und wenn «die Natur der Sache» neuerdings zum Modewort geworden ist, hat man sie meistens als ein blosses Mittel der Lückenergänzung, das zu der bewährten Analogie hinzukam, betrachtet<sup>22</sup>.

3. Es ist kein Wunder, dass man in der Rechtsvergleichung mit einem solchen Begriffsapparat mit dem englischen und amerikanischen Fallrecht nichts anzufangen wüste<sup>23</sup>. In case law

20. a. a. O., S. 292, vgl. S. 239, 290 ff., 322.

21. a. a. O. Es ist unzweifelhaft, dass mit «Urbilder» nicht etwa ein platonisches Naturrecht, sondern «die Art des Entstehens» des Rechtsverhältnisses gemeint wird: vgl. a. a. O. S. 7 f., 53.

22. So z. B. die massgebenden Darstellungen von Engisch, *Einführung*, S. 142 ff. (Analogie), 196 f. (Natur der Sache); Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, t. Aufl. 1983, S. 365 ff. (Analogie), 401 ff. (vgl. aber S. 320 f.) (Natur der Sache); Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB in: *Berner Kommentar Einleitungsband*, 1962, Randziffern 346 ff. (Analogie, 397 ff. (Natur der Sache)).

23. Treffend bemerkt Esser: «Solange kein statute befristliche Tatbestände mit dem Anspruch auf ausschliessliche Geltung formuliert, tauchen die kontinentalen Probleme der Gesetزتreue, des contralegem-Judizierens, der Abteilung



ist die Regel des Falles dem Richter nicht vom Gesetzgeber vorgegeben. Ihm sind nur die Präjudizien, d. h. die schon beurteilten Fälle vorgegeben, und es bleibt ihm nichts anderes übrig, als *induktiv* vorzugehen, indem er seinen Fall mit früheren vergleicht und gegeneinander abgrenzt. Durch dieses analogische Verfahren soll er ermitteln, ob unter den erledigten Fällen ein echter *precedens* ist, dessen Entscheidung präjudiziell wirkt, d. h. ihn bindet. Dabei ist er aber frei zu entscheiden, wie die Lösung des *precedens* sich eigentlich rechtfertigen soll, also was für eine Norm im Präjudiz zur Anwendung kam; diese bindende Norm, die *ratio decidendi*, kann nämlich eine andere sein als die Norm, die der frühere Richter anzuwenden glaubte (welche dann zu bloss *obiter dictum* degradiert wird). Also, der Richter selbst muss die Norm *erstmal*s formulieren: «es ist die ratio des Richters, die hier über die ratio iuris entscheidet» (Esser). Man hat die Folgerung gezogen, dass die Rechtsfindung im Fallrecht *nach ganz anderen Prinzipien* vorgehen muss als die Auslegung von Gesetzen (statutes)<sup>24</sup>. Im Fallrecht ist es geradezu Aufgabe des Richters, «Recht zu setzen, dem Gesetzgeber gleich»<sup>25</sup>.

4. Dass der Richter sowohl in der Rechtsfortbildung wie im Fallrecht eine Norm setzende (also «gesetzgeberische») Tätigkeit ausübt, glaubte man vermeiden zu können, indem man —gegen Savigny— nur zwei *Rechts*—quellen anerkannte: Gesetz und Gewohnheitsrecht. Die Rechtsprechung kann also höchstens zur Entstehung von Gewohnheitsrecht beitragen<sup>26</sup>. Diese These postuliert, dass die Norm des einzelnen Falles immer und nur aus dem vorhandenen Gesetze und Gewohnheitsrecht geschöpft werden *kann*, dass *diese* Rechtsquellen zusammen in diesem Sinne lückenlos sind.

5. In einem anderen Punkt hat man Savigny nicht —wie in der Frage des Richterrechts— einfach abgelehnt, sondern einfach missverstanden. Die spätere Lehre hat den Gegensatz

von Prinzipien aus dem «Geist des Gesetzes» und des Ausspielens von Doktrin und Gesetz in der geschilderten Form des etatistischen Positivismus nicht auf» (a. a. O., S. 183).

24. Der Gegensatz wird von den Juristen des Common Law noch stärker empfunden als auf dem Kontinent: vgl. Esser, a. a. O., S. 129 ff.

25. Lord Ellesmere, zit. in anderem Zusammenhang von W. G. Becker, *Das Common Law als Methode der Rechtsfindung*, 1952, S. 38.

26. Herrschende Meinung: z. B. Larenz, *Allgemeiner Teil*, 1967, S. 38.

zwischen Wille des Gesetzes und Wille des Gesetzgebers als selbstverständlich angenommen. Die Entscheidung für den einen oder den anderen wäre eben die Grundstreitfrage, worum die Auslegungstheorien —die «objektive» und die «subjektive»— sich gegenseitig zerreißen. Dabei wurde Savigny einstimmig zu den «Subjektivisten» gerechnet. Er hatte ja geschrieben, dass die Ausleger «sich in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers versetzen» müssen «un dessen Tätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen lassen. Das ist das Geschäft der Auslegung, die wir daher bestimmen können als die Rekonstruktion des dem Gesetze innewohnenden Gedankens»<sup>27</sup>. Das Missverständnis liegt aber darin, dass man übersah, dass dieser «Gedanke» keine blosse psychologische «Absicht» des Gesetzgebers ist, sondern, wie Savigny sagt, «die Natur» eines Rechtsverhältnisses<sup>28</sup>, «und diese offenbart sich teils im Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedigenden Bestandteile, teils in der fortschreitenden Entwicklung»<sup>29</sup>; der Gesetzgeber «muss aus dieser Totalanschauung die abstrakte Vorschrift des Gesetzes bilden: eben so muss derjenige, der das Gesetz anwenden soll, durch einen umgekehrten Prozess den organischen Zusammenhang hinzufügen»<sup>30</sup>. Nur in diesem Sinne «versetzt sich der Ausleger auf den Standpunkt des Gesetzgebers» und indem er es tut, «lässt er das Gesetz in seinem (nämlich des Auslegers) Denken entstehen». Das soll aber wiederum nicht heissen, dass Savigny ein «Objektivist» sei. Vielmehr ist der Gegensatz objektiv-subjektiv untauglich, das Denken Savignys zu erfassen. Beide —sowohl Objektivisten als auch Subjektivisten— soweit diese sich einfach gegen jene auf derselben Grundlage abheben— sind dem *Vorurteil des Historismus* zum Opfer gefallen<sup>31</sup>: dass

27. a. a. O., S. 213. Es klingt wie Schleiermacher («dass derk Ausleger sich in die ganze Verfassung des Schriftstellers möglichst hineinverstzt», «Nachkonstruieren der gegebenen Rede», usw.: Hermeneutik, hrg. von Kimmerle, 1959, S. 132, 87). Der Gesetzgeber ist aber keine «Individualität» i. S. Schleiermachers, in die «man sich... gleichsam verwandelt», sondern im Grunde ist der Gesetzgeber auch nur ein Ausleger der gemeinsamen geschichtlichen Tradition.

28. a. a. O., S. 212.

29. a. a. O., S. 7.

30. a. a. O., S. 44.

31. Grundlegend: Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl. 1965, S. 205 ff.

nämlich der Sinn eines *ausgesprochenen* Gedankens eine feste Grösse ist, ein ausgemachter Gegenstand, den es «objektiv» zu erforschen gilt, der aber nicht erst vom Verstehenden aus seinem gegenwärtigen Horizont ermittelt werden muss.

Der Ausgangspunkt der modernen Gesetzauslegung<sup>32</sup> wurde von Wach 1885 so formuliert: «Das Gesetz kann einsichtiger sein als der Gesetzgeber, und wir werden letzterem den Gedanken unterlegen müssen, dass er das Gesetz so verstanden wissen will. Wie es vernünftigerweise im Verhältnis zu seinem Zweck und dem übrigen Recht verstanden werden muss. Aus all dem folgt, dass Auslegung nicht ist Darlegung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber tatsächlich mit dem Satze verband, sondern des Sinnes, welcher dem Gesetze immanent ist»<sup>33</sup>. Diese Folgerung wird aber verständlich erst, wenn man leugnet, dass der Sinn, welchen der Gesetzgeber gemeint hat, und der vom Ausleger getroffene Sinn, *ein und dasselbe* sind, dessen Einheit durch den Prozess des Verstehens erst ermittelt wird. Selbst dann, wenn der Gesetzgeber das Gesetz so verstanden wissen will, wie der Ausleger es vernünftigerweise versteht, bleibt der vergangene, historische Sinn ein abgeschlossenes Faktum. Das sagt allerdings auch Wach: «das Gesetz ist ein fortdauernde Geltung beanspruchender Wille, eine konstante lebendige Kraft. Daraus folgt, dass die juristische Hermeneutik wesentlich verschieden ist und sein muss von der philologisch-historischen. Letztere ist die Darlegung einer historischen Tatsache, die juristische Auslegung ... ist ... zugleich eine rationelle»<sup>34</sup>. Die Vernunft wird gegen die Geschichte ausgespielt. So ist auch das Hauptargument der Objektivisten, in der sog. geltungszeitlich-objektiven Richtung<sup>35</sup>: die notwendige Aktualisierung und Vervollkommnung des Rechts, kein echt hermeneutisches. Denn der zur Zeit des Gesetzerlasses bestehende Sprachgebrauch, Interessen, Machtverhältnisse, Wertungen, übriges Recht —eventuell auch die sog. Materialien— haben keine konstitutive Relevanz in der Auslegung. Sie haben höchstens einen instrumental-heuristischen Wert, sie werden benutzt, um die heutige

32. so Esser, in *Studium Generale*, 1954, S. 375.

33. *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Bd. 1, S. 258.

34. a. a. O., S. 257.

35. s. A. Keller, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, 1960, S. 162 ff.



Lage kausal und differenzierter zu begreifen, nicht aber um die Einheit des Sinnes der heute geltenden Norm mit dem ursprünglichen Sinn des Gesetzes aufzuweisen.

Die methodologischen Voraussetzungen der objektiven Theorie —also des Historismus— liegen auch der subjektiven Theorie zugrunde<sup>36</sup>. Auch für diese ist der geäußerte Wille des Gesetzgebers «eine geschichtliche Tatsache». *Deshalb beansprucht sie, der Gewissheit des Rechts besser zu dienen.* Falls der Richter das Recht aktualisieren sollte, müsste er auch eigene Wertungen vollziehen, rechtspolitische Entscheidungen treffen, und all dies schon in der Auslegungsarbeit. Das würde aber die Grenze zwischen Auslegung und Fortbildung, Recht und Politik, Gesetzanwendung und Gesetzgebung wieder verwischen<sup>37</sup>.

## II. ZUR HERMENEUTISCHEN RUCKBESINNUNG DER THEORIE DER GESETZAUSLEGUNG

1. Das vorgegebene Bild der traditionellen Theorie der Gesetzauslegung in der Folge Savignys ist bewusst unvollständig und gewissermassen einseitig. Wir versuchten, einen Typus zu beschreiben, der entsteht, wenn wir die Auswirkungen des aufklärerischen —man würde fast sagen: des anti-hermeneutischen— Elementes im Denken Savignys verfolgten und seine Umformungen und Erweiterungen im Zeitalter des Positivismus und Historismus in einigen Hauptzügen charakterisierten. Statt dem anderen Element jetzt in Savigny nachzugehen, ist es zweckmässiger, die gleichen Schritte in kritischer Absicht zu wiederholen, da die neuere Forschung sich eben als Berichtigung des umrissenen traditionellen Bildes selbst verstand. Wir werden dann sehen, dass der Stand der Forschung, wenn auch fast immer unbewusst und unsystematisch, die wesentlichen Thesen einer philosophis-

36. Dazu vgl. Keller, a. a. O.: «Beide sind dagegen objektiv (nicht subjektiv) insofern, als sie immer wissenschaftliche Erkenntnistätigkeit darstellen, nicht willkürlich, unsachlich vorgegangen werden darf und es sich um gebundene, erkennende (nicht um freie schöpferische), um gebotsfindende (nicht gebotsbildende) Tätigkeit handelt».

37. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 1914, S. 13 f., 59 ff.; Ennecerus-Nipperday I, S. 326 ff.

chen Hermeneutik bestätigt. Das vergessene echte hermeneutische Element in Savigny ist dadurch zu neuer Blüte bestimmt.

Wir sahen, dass die traditionelle Lehre das Schema des Syllogismus der Rechtsanwendung als Grundstruktur der juristischen Erfahrung annahm. Darüber hat man lebhaft diskutiert<sup>38</sup>. Wir begnügen uns hier mit der Feststellung, dass Ober- und Untersatz sich gegenseitig bestimmen. Der Richter bekommt nicht den ersten fertig vom Gesetzgeber in die rechte Hand, den zweiten fertig vom Leben in die linke. Aus dem Grunde sagte schon Savigny, dass die Auslegung «bei jedem Gesetze, wenn es in das Leben eingreifen soll, notwendig» ist. Der Richter muss also die beiden Prämissen gewinnen und kann es nur durch ein ständiges «Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt» (Engisch), also durch einen dialektischen oder spekulativen Prozess der fortschreitenden gegenseitigen Bestimmung.

Insbesondere Engisch<sup>39</sup> hat ihn sehr anschaulich beschrieben. Am Anfang steht auch hier Sprachliches; auf der einen Seite eine Erzählung, eine «Geschichte» aus dem Leben, auf der anderen z. B. der § 211 STGB: «Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft». Die «Geschichte» wäre z. B.: «Während einer Demonstration gegen die Erhöhung der Strassenbahntarife warf der Schüler S., als er versuchte, in einer Sackgasse Zuflucht zu nehmen, einen «Molotow-Cocktail» gegen die Polizei und verursachte dadurch den Tod eines Polizisten.» Um aber den Schluss zu ziehen, dass der S. mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden soll, muss der Richter die Norm im Hinblick auf den Fall auslegen, so dass sie genau auf die Geschichte passt. Das wird wiederum nicht möglich sein, ohne die «Geschichte» ihrerseits in Hinblick auf die Norm umzuformen. Er wird z. B. sagen müssen, dass Mörder im Sinne des § 211 ist, wer «mit gemeingefährlichen Mitteln» einen Menschen tötet (§ 211, Abs. 2); und er muss in

38. vgl. insbesondere Engisch, *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 1943, 3. Aufl. 1963; M. Moritz, *Der praktische Syllogismus und das juristische Denken*, «Theoria», 20., 1954, S. 78 ff.

39. a. a. O., S. 14 ff.; *Einführung*, S. 49 ff.; vgl. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967, S. 157 ff.; die Darstellung von Larenz, a. a. O., S. 199 ff., ist höchst differenziert und erfahrungstreu, die entscheidenden Gesichtspunkte gehen aber ein wenig durcheinander.

der «Geschichte» des Falles das «Werfen eines Molotow-Cocktails in einer Sackgasse» ebenfalls durch «gemeingefährliche Mittel» ersetzen können. Das tut er, indem er das «Werfen eines Molotow-Cocktails in einer Sackgasse» einem *anerkannten* Fall von Gebrauch gemeingefährlicher Mittel, z. B. das «Werfen einer Bombe in einer Strasse, in der im Moment der Explosion unbestimmte Personen in Gefahr kommen können», gleichstellt. Diese Gleichstellung hat die Struktur eines analogen Schlusses, d. h. eines Schlusses von Besonderem zum Besonderen - durch ein Allgemeines; freilich:<sup>40</sup> «Wenn das Werfen einer Bombe usw. ein Gebrauch gemeingefährlicher Mittel ist, dann ist auch das Werfen eines Molotow-Cocktails in einer Sackgasse Gebrauch eines gemeingefährlichen Mittels». Aber der Richter muss die Norm noch in vielfachen anderen Hinsichten auslegen. So z. B., dass wer ein Mörder ist, auch «schuldfähig» ist (§ § 19, 21 StGB), vorsätzlich (§ 16 StGB), ohne Rechtfertigungsgrund (wie z. B. Notwehr, § 32 StGB), ohne Entschuldigungsgrund (wie z. B. entschuldigender Notsstand, § 35 StGB), usw. handelt. Dementsprechend wird er auch die Geschichte des Falles umformen und gegebenenfalls ergänzen (z. B. fehlte das Alter des Schülers), bzw. verkürzen, durch Auslassung des Unwessentlichen (z. B. dass das Opfer ein Polizist war, ist unwesentlich). Er legt die Norm aus in Hinblick auf den konkreten Fall,<sup>41</sup> und er gewinnt schrittweise den passenden Untersatz in Hinblick auf die ausgelegte Norm. Daher kann er wieder nur durch ständigen Vergleich des Falles mit anderen möglichen Fällen, die sich eindeutig subsumieren lassen, also durch wiederholte Analogieschlüsse fortgehen.

Es handelt sich, sagt Engisch, «um eine ständige Wechselwirkung, ... nicht dagegen um einen fehlerhaften Zirkel»<sup>42</sup>. Der

40. Aristoteles, *Analytica Priora*, II24, 68 b 38 ff. In der juristischen Literatur vgl.: Sax, *Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953, S. 97 ff.; Engisch, *Einführung*, S. 146 ff.; Heller, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, 1961; Klug, *Juristische Logik*, 3. Aufl., 1966, S. 97 ff.

41. Hanack, *Der Ausgleich divergierender Entscheidung in der oberen Gerichtsbarkeit*, 1962, S. 113 ff., spricht von der «Bildung allgemeiner Zwischensätze zur Gewinnung der konkreten Gestaltungsnorm».

42. *Logische Studien*, S. 15. Es ist eigentlich nicht ein (geschlossener) Zirkel, sondern eine Spirale: Kamlah-Lorenzen, *Logische Propädeutik*, 1967, S. 52. Zum hermeneutischen Ansatz der juristischen Methodenlehre haben sich neuerdings keine geringeren als der aus Radbruch und Thomas von Aquin stammende Arthur Kaufmann (*Festschrift für Karl Engisch*, 1969, S. 243 ff., und



Zirkel ist nicht nur «nicht fehlerhaft», er ist hermeneutisch. Das Verstehen, die Auslegung entwickelt sich am Leitfaden der Sache, und die Sache kommt zur Sprache in der Auslegung. Die sog. Applikation des Rechts auf das Leben hat also eine *spekulative* Struktur<sup>43</sup>: sie schliesst ein Ganzes von Sinn durch die Mannigfaltigkeit seiner Bezüge auf, und zwar so, dass jeder Moment des Prozesses den früheren enthält, die Wahrheit des früheren darstellt. Der gewonnene Obersatz ist spekulativ identisch mit dem Gesetz des Anfangs (das ist die spekulative Einheit der Auslegung), und im Untersatz kommt der gleiche Sachverhalt rechtlich zur Sprache, der in unserer Ausgangsgeschichte schon formuliert wurde. Aber, was noch wichtiger ist, im Laufe des Prozesses bildet sich eine einheitliche Sprache, die *sowohl* die Wahrheit des Sachverhalts *als auch* die Wahrheit der Norm darstellt. Der Sachverhalt erhellt sich in der Norm und die Norm erhellt sich in dem Sachverhalt. Auch diese Einheit ist eine spekulative. Wir können sie die *spekulative Einheit der Subsumtion* nennen.

Jetzt lässt sich auch erklären, warum dieser Prozess der Rechtsanwendung (man könnte gleichberechtigt auch von Prozess der Rechtsauslegung und Prozess der Rechtsgewinnung reden) sich als ein Aneinanderfolgen von Analogieschlüssen analysieren lässt. Die Analogie ist eben der jeweilige Schritt von *einem* besonderen Sachverhalt zum *anderen* besonderen Sachverhalt über das Allgemeine der Norm: was in Hinblick auf die Norm gleichwertig ist, soll gleich behandelt werden. Die Analogie stellt also die *spekulative Einheit der Norm* dar in Hinblick auf die z. T. *verschiedenen* Sachverhalte, die sie regelt. Sie ist also notwendig in jedem Schritt der Auslegung, um die Identität der Norm mit dem jeweiligen vorgeschlagenen Ergebnis der Auslegung nachzuweisen.

Man hat versucht, diese Zusammenhänge in der heutigen Rechtsphilosophie durch den Rekurs auf den Topos der «Natur der Sache» zu erfassen. So sagt z. B. Arthur Kaufmann:

sonstige in *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, 1984 wieder herausgegebene Abhandlungen), der caput scholae der Wertjurisprudenz Esser (*Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970: *Festschrift für Ludwig Raiser*, 1974, S. 517 ff.) und der Neuhegelianer Larenz (seit der 3. Aufl. der *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1975) bekannt.

43. vgl. Gadamer, a. a. O., S. 441 ff.

«Gesetzgebung ist Angleichung von Rechtsidee und künftigen möglichen Lebenssachverhalten, Rechtsfindung ist Angleichung von Gesetzesnorm und wirklichem Lebenssachverhalt. Eine solche Angleichung, eine solche Assimilation, ein solches In-die-Entsprechung-bringen von Sollen und Sein setzt nun aber voraus, dass es ein *Tertium* gibt, in dem Idee bzw. Norm und Sachverhalt übereinkommen, ein *Mittler zwischen Sollen und Sein*. Wir brauchen ein Gebilde, das das Besondere und das Allgemeine, das Faktum und die Norm gleichermaßen repräsentiert, ein universales in re, ein Sollen im Sein. Dieses *Tertium*, dieser Mittler des Gesetzgebungs- wie des Rechtsfindungsverfahrens ist der «*Sinn*», in dem Rechtsidee bzw. Gesetzesnorm und Lebenssachverhalte identisch sein müssen, damit sie zueinander «in Entsprechung» gebracht werden können (Identität des Sinnverhältnisses). Man nennt diesen Sinn auch die «*Natur der Sache*». Die «*Natur der Sache*» ist der *Tópos*, in dem sich Sein und Sollen begegnen, sie ist der methodische Ort der Verbindung («*Entsprechung*») von Wirklichkeit und Wert. Der Schluss vom Sachverhalt zur Norm bzw. von der Norm zum Sachverhalt ist daher immer ein Schluss über die «*Natur der Sache*». Die «*Natur der Sache*» ist der Angelpunkt des Analogieschlusses, sie ist das Fundament des analogischen Verfahrens sowohl der Gesetzgebung als auch der Rechtsfindung. Denn sie ist die Mitte zwischen Sachgerechtigkeit und Normgerechtigkeit und als solche der eigentliche Träger des objektiven rechtlichen Sinnes, um den es bei aller Rechtserkenntnis geht.»<sup>44</sup> Dagegen wäre nichts einzuwenden, wenn die Natur der Sache nichts anderes wäre als eine vorgegebene Sache, wie das alte illuministische Naturrecht, oder immerhin nichts anderes als eine bloße statische Vermittlung zwischen Sachverhalt und Norm,

44. *Analogie und «Natur der Sache»*, 1965, S. 34 (= 2. Aufl. 1982, S. 44). Zur Natur der Sache vgl. Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, (1948) Nachdr. 1964; Stratenwerth, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957; Tammelo, *The Nature of Facts as a Juristic Topos*, ARSP, Beiheft Nr. 29 (1963), S. 236 ff.; Ballweg, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, 2. Aufl. 1963; Schambeck, *Der Begriff der Natur der Sache*, 1964; die Aufsätze von Gutzwiller, Maihofer, Bobbio, Baratta, Schambeck und Engisch im Sammelband «*Die ontologische Begründung des Rechts*», hrg. A. Kaufmann, 1965; Dreier, *Zum Begriff der Natur der Sache*, 1965; Fechner, *Radbruch- Gedächtnisschrift*, 1968, S. 161 ff.; Baratta, dasselbst, S. 173 ff.; Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, S. 232 ff.; Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 1984, S. 94 ff., 175 ff.

Sein und Sollen —wie im Neukantianismus Radbruchs.— Sie ist aber eine spekulativ zu ermittelnde Einheit, die Wahrheit von Norm und Sachverhalt, die nur im Prozess des Verstehens hermeneutisch zur Sprache kommt. Dies sollte man, auch den zitierten Ausführungen Arthur Kaufmanns gegenüber, klar hervorheben.

Die wesentliche Zugehörigkeit der Analogie zur hermeneutischen Struktur der juristischen Erfahrung ist seit je praktische Weisheit jedes Juristen gewesen. Die historische Forschung hat nachgewiesen, dass die römischen Juristen keinen Unterschied zwischen Analogie und ausdehnender Interpretation kannten, die Analogie als Methode der Auslegung kannten und sich ihrer bedienten<sup>45</sup>. Der grosse Jurist zeichnet sich eber dadurch aus, dass er seine Aufgabe darin sieht, Fälle miteinander zu vergleichen und die entscheidenden Gesichtspunkte einer gleichen Bewertung oder eines Unterschiedes herauszuarbeiten. Das System des Rechts und die gesamte Rechtswissenschaft sind sogar aus dieser Perspektive nur eine hochdifferenzierte Methode, Analogien zu begründen. Wenn das Verbrechen als «tatbestandsmässige, rechtswidrige, schuldhafte Handlung» definiert wird, und dann das System des Strafrechts sich als eine nähere Bestimmung dieser Begriffe darstellt, ist es für den Juristen klar, dass er damit eigentlich eine Methode hat, seinen Fall richtig zu subsumieren, oder, was für uns das gleiche ist, das Recht richtig anzuwenden. Er kann jetzt seine Analogieschlüsse zweckmässig und geordnet durchführen<sup>46</sup>. Wir sahen ja oben, wie in unserem Beispiel die Merkmale «rechtswidrig», «schuldhaft» usw. den § 211 auslegen und gleichzeitig zur Beschreibung des *Sachverhaltes* gehören, und wie die erzielte Anpassung der beiden analogisch fortfährt. Aus all dem folgt die allgemeine methodische Notwendigkeit der Analogie bzw. der Natur

45. s. A. Steinwerter, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie*, I. (Scritti in mem. E. Albertario, 1953, S. 105 ff.); II. *Festschrift für F. Schulz*, 1951, II, S. 345 ff.); III. (*Journal of Juristic Papirology*, Bd. 3); IV. (*Studi in on. di Arangio-Ruiz*, 1954, 2, S. 169 ff.) Beck in: *Zeit. des bernischen Juristenvereins*, 91 bis, 1955, S. 274 ff.; Wesel, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen*, 1967.

46. Über die Zurückführung der allgemeinen Teile des Verbrechens als eine Subsumtionstechniks. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, S. 143 ff. und meine Diss. (Lissabon) *Estudos para a dogmática do crime omissivo*, 1965, S. 19 ff.



der Sache. Sie sind also nicht spezielle Methoden der Lückenergänzung. Diese ist nur der makroskopische Fall *normaler* richterlicher Rechtsanwendung<sup>47</sup>, da der Obersatz nur scheinbar gegeben ist, in Wahrheit erst gewonnen werden muss.

Daraus muss aber nicht folgen, dass Subsumtion und Auslegung einfach zu identifizieren seien. Die Auslegung einer bestimmten Vorschrift wird immer durch Bezug auf andere Vorschriften in Hinsicht *möglicher* Sachverhalte vollzogen. Sie erfolgt also immer in Subsumtionsform, aber nicht immer um einer bestimmten Subsumtion willen. In jedem Fall legt die Interpretation eine *Dialektik von Teil und Ganzem* dar, die prinzipiell unabgeschlossen ist und als Horizont die Gesamtheit der Rechtsnormen (als mögliche Bezugspunkte) und die Gesamtheit der möglichen Sachverhalte hat. *Sie ist wesentlich auf die jeweils angestrebte Subsumtion angewiesen.* Hier erweist sich das «Moment der Applikation», der «Vorrang der Frage» in der spekulativen Struktur der (juristischen) Erfahrung (Gadamer<sup>48</sup>).

Die gegenseitige Bestimmung des Obersatzes und des Untersatzes, der Norm und des Sachverhaltes, und die spekulative Einheit beider als «Natur der Sache», bedeutet auch nicht, dass Tat- und Rechtsfrage nicht zu unterscheiden sind<sup>49</sup>. Die Existenzbehauptung, die mit dem Untersatz verknüpft ist oder verknüpft werden kann, ist von der progressiven Bestimmung des Untersatzes in Hinblick auf die Norm offenbar unabhängig.

Die Sinnwidrigkeit eines echten allgemeinen «Analogieverbotes» ist unzweifelhaft. Das soll wiederum nicht heissen, dass eine Vorschrift wie der § 1 StGB («Eine Tat kann nur bestraft

47. Ascarelli, *Studii di diritto comparato e in tema di interpretazione*, 1952, S. 62 ff.; vgl. Esser, *Grundsatz*, S. 253 ff.

48. a. a. O., S. 307 ff., 344 ff. Betti spricht von einer «normativen Funktion der Auslegung (*Teoria generale della interpretazione*, 1955, Bd. II, S. 789 ff. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, S. 3 ff.), glaubt aber, dass sie in der Auslegung des historischen Rechts nicht vorhanden ist. Die Auslegung eines historischen Gesetzes geschieht nicht in Hinblick auf einen gegenwärtigen Sachverhalt, ist aber ohne «funzione normativa» überhaupt nicht vorstellbar. Auf dem gleichen Missverständnis fusst Wieacker, *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, 1963, S. 19 (rechtsgeschichtliche Interpretation ist... nicht Anwendung... auf eigenes Handeln»); *Privatrechtsgeschichte*, S. 15.

49. Vgl. Engisch, *Logische Studien*, S. 37 ff., 83 ff.; Scheuerle in *Arch. ziv. Pr.*, 157, S. 1 ff.; *Le fait et le droit* (Aufsätze der Zeitschrift *Dialectica*, 1961).

werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde».) keinen positiven Sinn hat<sup>50</sup>.

Auf die analogische Struktur der Rechtsfindung im Fallrecht (case-law) habe ich schon hingewiesen. Es folgt also, dass die Rechtsanwendung in case-law und in Gesetzrecht (statutes) die gleiche Struktur hat. Dies wurde in den Ländern des Common Law von dem Amerikaner *Levi* sehr klar gezeigt: «the basic pattern of legal reasoning is reasoning by example. It is reasoning from case to case»<sup>51</sup>. In Deutschland hat Esser in seinem Buch *Grundsatz und Norm* durch diese Einsicht den rechtsvergleichenden Studien eine neue Seele gegeben. Esser hat insbesondere nachgewiesen, dass der Richter in Common Law ebenfalls an Prinzipien und Grundsätze, kurz an ein System gebunden ist. «Der Unterschied zwischen dem kontinentalen und dem angelsächsischen Privatrechtsdenken beruht nicht darauf, dass das eine kein «reasoning from case to case» kenne und das andere keine Systemlogik. Es handelt sich vielmehr um den Grad der Bewusstheit, mit dem entweder das induktive Problemdenken oder das deduktive Begriffsdenken auftritt.»<sup>52</sup> Er bestätigt damit eine wesentliche Charakteristik der juristischen Hermeneutik, dass das zu findende Recht in der Gesamtheit der Rechtsüberlieferung gesucht werden muss —und nicht aus einer überpositiven ungeschichtlichen Quelle— und zwar notwendig in dem Sinne, dass es sonst nicht als geltendes Recht verstanden werden kann. Das ist die juristische Entsprechung zum allgemein hermeneutischen «Vorgriff der Vollkommenheit» des auszulegenden Textes (im weiteren Sinne), welcher hier mit der Zugehörigkeit des Richters zur Tradition, zur geschichtlichen Rechtserfahrung, zusammenfällt<sup>53</sup>. In diesem Sinne hatte schon Max Weber treffend bemerkt: «Wirklich bewusst «schöpferisch», d. h. neues Recht schaffend, haben sich nur Propheten

50. Sax, a, a, O.; Waiblinger in *Zeit. des Bernischen Juristenvereins*, 91 bis, 1955, S. 212 ff.; Grünwald, *ZStW*, 76, 1964, S. 1 ff.

51. *An introduction to legal reasoning* (1948), Phenix Books 1961.

52. Esser, *Studium Generale*, 1959, S. 105.

53. Nur in diesem Sinne wäre es richtig, mit Betti von einem «Kanon der Autonomie des Gegenstandes» zu sprechen. Betti leitet aber von dieser «Autonomie» die Unterscheidung zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung (welche Analogie, restriktive und extensive Auslegung umfassen sollte!) ab: *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, 1962, S. 48.

zum geltenden Recht verhalten. Im Übrigen ist es ... durchaus nichts spezifisch Modernes, sondern gerade auch den, *objektiv* betrachtet, am meisten «schöpferischen» Rechtspraktikern eigen gewesen, dass sie *subjektiv* sich nur als Mundstück schon — sei es auch eventuell latent — geltender Normen, als deren Interpreten und Anwender, nicht aber als deren «Schöpfer» fühlten.»<sup>54</sup>

3. «Wir nähern uns wieder mehr der deutschen historischen Rechtsschule vom Gewohnheitsrecht»<sup>55</sup>. Dieser Satz von Liver, in seiner grundlegenden Studie zur Theorie der Rechtsquellen, bezeichnet treffend die gegenwärtige Situation. Der hier entscheidende Gesichtspunkt der historischen Rechtsschule war, dass die Übung nicht der rechtsbildende Faktor, sondern vielmehr nur ein Zeugnis für seine Übereinstimmung mit der in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Rechtsüberzeugung. Diese *opinio necessitatis* ist deshalb der eigentlich rechtsbildende Faktor des Gewohnheitsrechts: Wenn aber die *Consuetudo* als Rechtsquelle gilt, unter der Voraussetzung, dass sie die Rechtsüberzeugung für sich hat, dann gibt es auch keinen Grund, das von der Wissenschaft gefundene Recht nicht dem richterlichen Recht gleichzustellen, soweit die *opinio necessitatis*, die Rechtsüberzeugung, auch dem Wissenschaftsrecht zukommt. «Richterliche und wissenschaftliche Rechtsfindung, Gewohnheit und Gesetzgebung führen zur Entstehung der gleichen Normen, soweit sie sich durch die Natur der Sache bestimmen und von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen leiten lassen»<sup>56</sup>. Aber dann ist die Rechtsquellenlehre zu einer Unterscheidung Aristoteles' zurückgelangt, die wir ebenfalls in Savigny finden<sup>57</sup>, nämlich die Unterscheidung zwischen einem von Natur Rechten und durch Festsetzung Rechten<sup>58</sup>. *Nur das Gesetz und Gewohnheit* dürfen Recht festsetzen, das nicht «von Natur» ist. Das sind die Normen, die «zwischen verschiedenen von den Grundsatznormen offengelassenen Möglichkeiten» (Liver) entscheiden. Was die Norm des «von Natur Rechten» betrifft, also «Nor-

54. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. Aufl., 1964, I, S. 655.

55. Der Begriff der Rechtsquelle, in *Zeit. des Bernischen Juristenvereins*, 91 bis, 1955, S. 25.

56. Liver, a. a. O., S. 55: In der vorhergehenden Darstellung dieses Punktes haben wir uns eng an Liver gehalten.

57. *System* I, S. 35 f., 40.

58. *EN* V, 7, 1134 b18 ff.; *MM* I, 33, 1194 b 30 ff. Darüber, Gadamer, a. a. O., S. 302 ff.; Ritter, «*Naturrecht*» bei Aristoteles, 1961.



men, die allgemeine Rechtsgrundsätze wiedergeben, und aus ihnen deduzierte sowie aus ihnen durch Individualisierung nach Massgabe der Natur der Sache gewonnene Normen», «sind sie weniger das Produkt einer Willensentscheidung des Gesetzgebers als seiner Rechtskenntnis, weniger der Ausdruck seiner Absichten als seiner Gedanken, wie Savigny ausdrückt. Sie machen den grössten Teil einer privatrechtlichen Kodifikation aus.»<sup>59</sup>

### III. ZUR RECHTSHERMENEUTISCHEN AKTUALITÄT DES ARISTOTELES

Gadamer hat nachdrücklich auf «die hermeneutische Aktualität des Aristoteles» hingewiesen. Gemeint ist die Analyse des sittlichen Wissens. «Denn-so Gadamer-das sittliche Wissen, wie es Aristoteles beschreibt, ist offenkundig kein gegenständliches Wissen, d. h. der Wissende steht nicht einem Sachverhalt gegenüber, den er nur feststellt, sondern er ist von dem, was er erkennt, unmittelbar betroffen. Es ist etwas, was er zu tun hat»<sup>60</sup>. Gadamer muss hier den praktischen Syllogismus vor Augen haben, da gerade eine solcher der Schluss vom Erkannten auf etwas ist, was zu tun ist. Allerdings macht Gadamer einen Vordehalt: «Gewiss handelt es sich bei dem hermeneutischen Bewusstsein weder um ein technisches noch um ein sittliches Wissen, aber diese beiden Weisen des Wissens enthalten doch die *gleiche Aufgabe der Anwendung* in sich, die wir als die zentrale Problemdimension der Hermeneutik erkannt haben»<sup>61</sup>. Weder gegenständlich noch sittlich noch technisch: Wie denn? Gadamer hat anschliessend die Unterschiede zwischen technischem und sittlichem Wissen betont. Aber er verkennt natürlich nicht, dass das diesen beiden Formen des Wissens und dem hermeneutischen Bewusstsein Gemeinsame, und dem theoretisch-gegenständlichem Wissen Gegensätzliche methodisch wichtiger ist, als der Unterschied zwischen sittlichem und technischem

59. Liver, a. a. O.

60. a. a. O., S. 298.

61. a. a., S. 298.

Wissen. Gemeinsam scheint hier vor allem die formelle Struktur des praktischen Syllogismus zu sein.

Von der Seite der analytischen Philosophie hat man ebenso die methodologische Wichtigkeit des Aristoteles für die Geisteswissenschaften erkannt. Insbesondere von Wright hat dabei eine entscheidende Rolle der Lehre des praktischen Syllogismus zugewiesen. In seinem Buch «Explanation and Understanding» sagt er, dass es eine zentrale These dieses Werkes ist, «dass der praktische Syllogismus den Geisteswissenschaften (sciences of man) etwas liefert, das seit langem in deren Methodenlehren fehlt: ein erklärendes Modell mit eigenem Recht, das eine bestimmte Alternative für das subsumtionstheoretische Modell des einschliessenden Gesetzes (covering law model) ist. Im grossen und ganzen, was das subsumtion-theoretische Modell für die kausale Erklärung in den Naturwissenschaften ist, ist der praktische Syllogismus für die teleologische Erklärung und die Erklärung in der Geschichte und den Sozialwissenschaften»<sup>62</sup>. Er selber zählt sich zu einer hermeneutischen Richtung in der analytischen Philosophie, zu der auch Miss Anscombe<sup>63</sup>, Dray<sup>64</sup> und Winch<sup>65</sup> gehören würden. Man könnte demnach, «mit gebotener Vorsicht, zwischen hermeneutischen Philosophen einer dialektischen und solchen einer analytischen Orientierung unterscheiden. Der Ausdruck 'hermeneutische Philosophie' könnte dann als allgemeiner Name für beide Richtungen benutzt werden. Dies würde das Ziel haben, eine schärfere Teilung zwischen der *analytischen Philosophie* vom späteren Wittgenstein und der von der positivistischen bzw. logisch-empiristischen Hauptströmung ausgehenden analytischen Philosophie durchzuführen, als man bis jetzt für angemessen hielt. Mit der Zeit würde eine solche Umgruppierung wahrscheinlich für die Morphologie der Richtungen im zeitgenössischen Denken eher gerecht sein, als wenn man die Philosophie Wittgensteins unter den Titel «analytisch» stellt und die kontinentale hermeneutische Philosophie grundsätzlich als eine Variante der Phänomeno-

62. *Explanation and Understanding*, 1971, S. 27.

63. *Intention*, 1957.

64. *Laws and Explanation in History*, 1957.

65. *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, 1958.

logie betrachtet.»<sup>66</sup> Gewiss in diesem Sinne schrieb zuletzt auch Hart, dass für das Verstehen nicht nur des Rechts, sondern auch jeder Form von normativer sozialer Struktur, «was notwendig ist, ist eine 'hermeneutische' Methode, was impliziert, dass man normgeregeltes Verhalten (*rule-governed behaviour*) porträtiert, wie es den Teilnehmern erscheint, die es als konform bzw. nicht konform zu bestimmten Standards betrachten»<sup>67</sup>.

Somit sind die Weichen gestellt für die nachfolgende Aufgabe: die vorher dargestellten hermeneutischen Strukturen der Subsumtion und der Auslegung auf die Grundform des praktischen Schlusses zurückzuführen.

2. Bei Aristoteles finden wir keine genaue Entsprechung des Ausdrucks praktischer Syllogismus<sup>68</sup>. Dafür spricht er von einem «λόγος ἐνεκα τίνος»<sup>68</sup>, wörtlich eine «Un-wessentwillen-Rede». Er antwortet auf die Frage «ἐνεκα τίνος», «um wessentwillen?», und nicht, wie die theoretische Rede, auf die Frage «τί ἐστι», «was ist das?». Man könnte auch «eine Weswegen-Rede» sagen, wenn dieser Ausdruck nicht ebenso eine kausale Erklärung, im Sinne von der aristotelischen bewegenden Ursache, nicht der Zweckursache bezeichnen könnte, also eine Antwort auf die Frage «διὰ τί», «warum?». Das Unwessentwillen ist sowohl dem technischen (in Aristoteles: poetischen) wie dem praktischen Syllogismus gemeinsam. So ist die

66. a. a. O., S. 181-2, Anm. 86.

67. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, S. 13. Da Hart gleichzeitig Rechtspositivist ist, zeigt dies, wie wenig aussagekräftig solches Etikettieren trotz gebotener Vorsicht bleiben muss.

68. Ross (*The Works of Aristotle*, IX, 1915) übersetzt EN, VI, 12, 1144 a, 31-32: «The syllogisms which deal with acts to be done (συλλογισμοὶ τῶν πρακτικῶν) are things which involve a starting point...» Ähnlich: Greenwood, *Nicomachean Ethics*, book six, 1909; Dirlmeier, *Nikomachische Ethik*, 4. Aufl., 1967; Gauthier-Jolif, *L'Éthique à Nicomaque*, I, 1, 1970; so offenbar auch schon Stewart, *Notes on the Nicomachean Ethics*, II, 1982. Kenny, *Aristotle's Theory of the Will*, 1979, S. 111 f. zeigt überzeugend, dass die zitierten griechischen Worte keinen einheitlichen Ausdruck bilden, und schlägt folgende Übersetzung vor: «Those syllogisms which contain the starting points of acts to be done...». So auch schon die mittelalterliche Übersetzung von Wilhelm von Moerbeke: «syllogisimi enim operabilium principium habentes» (apud Thomas von Aquin, *In Decem Libros Ethicorum... Expositio*, hrg. von Spiazzi, 3. Aufl., 1964, S. 341).

69. EN VI, 2, 1139 a 32 (Dirlmeier: «eine Reflexion, die den Zweck aufzeigt»). S. Kenny, a. a. O., S. 111 ff., an den wir uns im Text öfters anlehnen.



entsprechende Grundstruktur gleich, ungeachtet dessen, dass es einmal um das Hervorbringen (ποίησις), ein anderes Mal um das Handeln (πρᾶξις), zwei verschiedene Dinge nach Aristoteles<sup>70</sup>, geht. Wir dürfen somit als Beispiel einen technischen Syllogismus nehmen, den Aristoteles klar ausführt: «Wenn dieser gesund werden soll, so wird er in Gleichmass kommen müssen. Was heisst nun in Gleichmass kommen? Das und Das. Dies wird aber stattfinden, wenn er in Wärme kommt. Was heisst nun aber dies? Das und Das. Dies ist aber dem Vermögen nach vorhanden, und dies steht bereits in unserer Gewalt»<sup>71</sup>. Wodurch Erwärmen hervorgebracht wird, sagt Aristoteles danach: durch Reibung<sup>72</sup> – die können wir, bzw. der Arzt.

Daraus können wir folgende Prämissen entnehmen:

- 1- Dieser soll gesund werden
- 2- Gesund sein heisst, in Gleichmass sein
- 3- Wenn er Wärme bekommt, kommt er in Gleichmass
- 4- Wenn er gerieben wird, wird er erwärmt
- 5- Reibung steht in der Gewalt des Arztes

Und da nach Aristoteles der Schluss des praktischen Syllogismus eine Handlung ist:

- 6- Der Arzt reibt ihn.

Wenn wir dieses Beispiel mit der Behauptung in Verbindung setzen, dass die «Prämissen des Handelns von zwei Arten sind: des Guten und des Könnens»<sup>73</sup>, ist 1 eine Prämisse des Guten und 5 eine Prämisse des Könnens. 2, 3 und 4 sind Übergangsprämissen, die der Medizin gehören. Sie ergeben, im Zusammenhang mit 1, folgende weitere Prämissen des Guten:

- 2'- Dieser soll in Gleichmass kommen
- 3'- Dieser soll erwärmt werden
- 4'- Dieser soll gerieben werden

3. Wenn wir versuchen, einen analogischen praktischen Syllogismus aus unserem vorher beschriebenen Subsumtionsbeispiel zu bilden, ergeben sich etwa folgende Prämissen:

70. EN VI, 4, 1140 a 16.

71. *Metaph. Z*, 7, 1032 b 18-21 (Übersetzung von Bonitz).

72. *Metaph. Z*, 7, 1032 b 26.

73. MA 7, 701 a 24.

- 1»- Dem S soll Recht angewendet werden
- 2»- Recht anwenden heisst, den Mörder mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen
- 3»- Wenn S mit gemeingefährlichen Mitteln tötet, ist er Mörder
- 4»- Wenn S durch Werfen eines Molotow-Cocktails gegen mehrere Personen eine davon, tötet, tötet er mit gemeingefährlichen Mitteln
- 5»- Wenn S mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft wird, wird ihm Recht angewandt
- 6»- Strafe verhängen steht in Gewalt des Richters
- Und als Schluss:
- 7»- Der Richter verhängt eine lebenslange Freiheitsstrafe auf den S.

1» ist eine Prämisse des Guten, und 6» ist die Prämisse des Könnens. 2», 3», 4» und 5» sind Sätze der Rechtswissenschaft, die in Zusammenhang mit 1» folgende weitere Prämisse des Guten ergeben:

- 2'''- Der Mörder soll mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden
- 3'''- Wenn S mit gemeingefährlichen Mitteln tötet, soll er mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden
- 4'''- Wenn S durch Werfen eines Molotow-Cocktails gegen mehrere Personen eine davon tötet, soll er mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden
- 5'''- S soll mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft werden.

Es ist klar, dass 5» nur aus 1» bis 4» folgt, wenn wir eine neue Prämisse hinzufügen:

- 4a»- S hat durch Werfen eines Molotow-Cocktails gegen mehrere Personen eine davon getötet.

Aber eine analoge Prämisse wird eigentlich ebenso in dem Beispiel von Aristoteles unterstellt:

- 2a- Dieser ist aus dem Gleichmass gekommen.

Unser praktischer Syllogismus der Subsumtion anhält als Prämissen Sätze der Rechtswissenschaft, die unterschiedliche Gewissheit haben. Während 2» und 3» aus § 211 StGB ent-

oommen sind, stellt 4» eine gewisse Auslegung des § 211, die umstritten ist. Der Sachverhalt ist auch im 4a» so umgeformt, dass das Ergebnis plausibel scheint. Für einen Teil der Lehre ist der Zweck des Gesetzes, die abstrakte Vielgefährlichkeit bestimmter Tötungsmittel zu vermeiden. Demnach Mörder ist wer mit einem Mittel tötet, das abstrakt geeignet ist, mehrere Personen zu töten - so Feuer, Sprengstoff, Giftgas, Wassermassen usw., selbst wenn im Falle feststeht, dass ein Dritter oder gar eine Vielzahl anderer nicht in Gefahr geraten<sup>74</sup>, wenn z. B. in unserem Fall nur eine Person, der nachher getötete Polizist, in der Sackgasse vorhanden war. Nach einer anderen Lehre ist hier die konkrete Unkontrollierbarkeit des Tötungsmittels durch den Täter massgebend<sup>75</sup>: dann gibt es keinen Mord, sondern Totschlag, wenn nur ein Polizist in Gefahr geriet (gleich wie wenn eine bestimmte Anzahl von Personen mit Sicherheit durch einen Molotow-Cocktail zu töten wäre); dagegen gäbe es Mord, wenn mit einer Maschinenpistole durch einen Unkundigen geschossen wäre. In unserem Beispiel wurde nicht gesagt, ob ein oder mehrere Polizisten die Polizei im Falle ausmachten, ob Dritte daneben standen usw. 4a» hat den Sachverhalt so festgesetzt, dass 4» nach beiden Auslegungen gilt. Der Grund ist jeweils ein anderer. Nach der ersten Auslegung setzt 4a etwa folgende Prämisse voraus:

3a»- Wenn S durch ein abstrakt gefährliches Mittel tötet, tötet er mit gemeingefährlichen Mitteln (oder: Gemeingefährliche Mittel heisst, abstrakt gefährliche Tötungsmittel)

3b»- Wenn S durch Werfen eines Molotow-Cocktails eine Person tötet, tötet er durch ein abstrakt gefährliches Mittel.

Nach der zweiten Auslegung folgt 4» aus anderen Prämissen, wie etwa:

3a»- Wenn S mit einem konkret unkontrollierbaren Mittel tötet, tötet er mit gemeingefährlichen Mitteln (oder: Gemeingefährliche Mittel heisst konkret unkontrollierbare Tötungsmittel)

74. z. B. Horn in *StGB. Systematischer Kommentar*, 1983, § 211, Rn. 49, 50.

75. z. B. Jähne in *StGB. Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., 1980, § 211, Rn. 59, Eser in Schönke, Schröder, *StGB*, 21. Aufl., 1982, § 211, Rn. 29.



3b»- Wenn S durch Werfen eines Molotow-Cocktails gegen mehrere Personen eine davon tötet, tötet er mit einem konkret unkontrollierbaren Mittel.

Auf jeden Fall stellt sich die Auslegung als eine Pluralität von möglichen Subsumtionen dar, die (oft konstitutive) Mittel aufweisen, einen bestimmten Gesetzeszweck zu erreichen. Sie hat also die Struktur des praktischen Syllogismus.